

Audience publique du 24 septembre 2008
=====

Recours formé par
la société anonyme S., ...
contre trois bulletins d'impôt émis par le bureau d'imposition Sociétés 2
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et
d'impôt commercial communal

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 23472 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 28 septembre 2007 par Maître Daniel Phong, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme S., en abrégé « S. » (anciennement ... S.A.), établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000 et d'un bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, tous émis le 8 juin 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les bulletins critiqués ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport et Maître Daniel Phong en sa plaidoirie.

Le 19 octobre 2000, la société anonyme S., ci-après dénommée « la société S. », céda la totalité de sa participation dans la société de droit français X. S.A., soit 19.020 actions, au prix de 43.048.460 LUF.

Le 19 décembre 2001, la société S. déposa sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2000, dans laquelle elle déclara avoir réalisé une plus-value exonérée sur cession de participation importante d'un montant de 30.219.426 LUF.

Par courrier du 12 décembre 2003, le bureau d'imposition Sociétés 2 de la section sociétés du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « bureau d'imposition », adressa à la société S., conformément au paragraphe 205 (3) de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « AO », les projets d'imposition en vue de l'établissement de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial

communal de l'année 2000, tout en l'invitant à formuler ses objections éventuelles avant le 12 janvier 2004. Le projet d'imposition pour l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2000 comporta l'information suivante : « ... *L'exonération de la plus-value s'applique uniquement aux titres achetés en 1998. Pour les autres titres, la condition de détention n'est pas remplie* ».

La S.à.r.l. Luxor Audit, au nom et pour compte de la société S., prit position par rapport à ces projets d'imposition dans un courrier du 9 janvier 2004, complété par un courrier du 22 janvier 2004.

Le 8 juin 2005, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société S. les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000, ainsi que le bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001. Le bureau d'imposition fixa ainsi à l'égard de la société S. les cotes de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal en maintenant le refus de l'exonération de la plus-value réalisée par la société S. du fait de la cession de 8.988 actions de la société X. S.A.

Par lettre de la société Luxor Audit s.à.r.l. du 5 juillet 2005, régularisée par une lettre du 18 juillet 2005, la société S. introduisit une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par le « directeur », à l'encontre des trois bulletins du 8 juin 2005.

La demande de sursis à exécution présentée dans le cadre du recours du 5 juillet 2005 fut rejetée par une décision du préposé du bureau d'imposition du 13 juillet 2005.

En date du 1^{er} septembre 2005, la société S. fit parvenir au bureau d'imposition les annexes rectificatives du modèle 506A pour les années 1998 à 2000 concernant la participation détenue dans la société X. S.A.

Par lettre du 13 septembre 2005, le préposé du bureau d'imposition informa le mandataire de la société S. que la remise d'annexes rectificatives restait sans conséquences pratiques pour le bureau d'imposition, étant donné que les impositions des années 1998 et 1999 étaient entrées en force de chose jugée et que l'imposition de l'année 2000 faisait l'objet d'une réclamation.

A défaut de réponse de la part du directeur, la société S. introduisit, par courrier de son mandataire du 7 juin 2006, un recours gracieux auprès du directeur visant au réexamen de sa situation au regard de son imposition pour l'année 2000.

Par lettre du 6 mars 2007, le directeur invita la société S. à lui soumettre le contrat de cession des parts sociales de X. S.à.r.l. du 28 novembre 1997 ainsi que le « traité de fusion » des sociétés ... S.a. et X. S.à.r.l.

A défaut de décision prise par le directeur à la suite de sa réclamation du 5 juillet 2005 à l'encontre des trois bulletins d'impôt du 8 juin 2005, la société S. a fait introduire, par requête déposée le 28 septembre 2007, un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins prévus de l'impôt sur le revenu

des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année 2000, ainsi que du bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 AO et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur un recours introduit contre des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et d'établissement de la valeur unitaire en l'absence d'une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation contre ces mêmes bulletins. Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours principal en réformation. Le recours subsidiaire en annulation est en conséquence irrecevable.

Le recours en réformation, ayant par ailleurs été introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Malgré le fait que ledit recours a été notifié à l'Etat par la voie du greffe, aucun mémoire en réponse n'a été déposé pour compte de celui-ci dans le délai prévu par l'article 5 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Conformément à l'article 6 de la loi précitée du 21 juin 1999, il échet toutefois de statuer contradictoirement également à l'égard de l'Etat.

A l'appui de son recours, la société S. fait exposer qu'au cours de l'année 1998, elle aurait acquis 9.994 actions, soit 99,94% du capital social de la société de droit français ... S.A. et que, dans sa déclaration d'impôt pour l'année 1998, elle aurait indiqué qu'elle détenait, à la date du 31 décembre 1998, 99,94% du capital social de ladite société. Elle explique que sa filiale, la société française ... S.A. aurait, le 28 novembre 1997, signé une convention avec la société française G. S.à.r.l., par laquelle elle cédait 50% du capital social de la société X. S.à.r.l. La convention de cession aurait comporté une clause résolutoire laquelle pouvait être actionnée à tout moment. Au cours de l'année 1998, la société ... S.A. aurait fait jouer cette clause résolutoire, de sorte qu'à la date du 31 décembre 1998, la société G. S.à.r.l. n'aurait pas été considérée comme associée de la société X. S.à.r.l.

La société S. explique ensuite qu'au mois de février 1999, elle aurait proposé de fusionner la société française ... S.A. et la société française X. S.à.r.l., la première devant absorber la seconde, pour n'en faire qu'une seule société, dénommée « X. S.A. », avec effet au 1^{er} janvier 1999. La demanderesse soutient ainsi qu'elle aurait détenu, à la date du 1^{er} janvier 1999, le capital social de la société issue de la fusion X. S.A. Comme le litige entre la société G. S.à.r.l. et ... S.A. n'aurait pas été terminé au jour de la fusion, la société G. aurait estimé être propriétaire, à la suite de la fusion, des 8.988 actions nouvellement créées par augmentation du capital social de la nouvelle société X. S.A. en échange de ses 2.247 parts sociales détenues dans la société absorbée X. S.à.r.l., en vertu de la parité d'échange de 4 actions dans la nouvelle société X. S.A. contre 1 part sociale détenue dans l'ancienne société X. S.à.r.l. En date du 10 septembre 1999, la société S. aurait réglé le litige en signant un accord transactionnel avec la société G. S.à.r.l., en vertu duquel elle reprenait les engagements de sa filiale et notamment le litige avec la société G. et qui prévoyait la résolution définitive de la vente des parts sociales de la société X. S.à.r.l. à la société

G. S.à.r.l. Il s'en suivrait que les 8.988 actions nouvellement créées à l'issue de la fusion revenaient de droit à la société S., avec effet au 1^{er} janvier 1999. Ainsi, la société S. aurait détenu, à la date du 1^{er} janvier 1999, les 18.982 actions, soit 99,80% du capital social de la société X. S.A., qu'elle aurait ensuite cédé le 1^{er} octobre 2000 en réalisant une plus-value.

En droit, la société S. estime que les conditions de l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « LIR », seraient remplies en l'espèce, de sorte qu'elle devrait pouvoir prétendre à l'exonération de la plus-value réalisée sur la cession de sa participation. En effet, elle aurait détenu 99,80% du capital social de sa filiale, la société X. S.A., une société de capitaux non résidente, pleinement imposable à l'impôt sur les sociétés françaises, sans interruption pendant au moins 12 mois précédant le début de l'exercice d'aliénation de la participation, soit du 1^{er} janvier 1999 au 1^{er} août 2000.

L'article 166 LIR, tel que modifié par la loi du 30 novembre 1978, prévoyait en son alinéa 5b), applicable à l'année d'imposition 2000, qu'un « *règlement grand-ducal pourra (...) étendre l'exonération, sous les conditions et modalités à déterminer, aux revenus dégagés par la cession de participation (...)* ».

L'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 24 décembre 1990 portant exécution de l'article 166 alinéa 5 b) de la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, disposait en son alinéa 1^{er} que :

« Lorsqu'une société de capitaux résidente pleinement imposable cède des titres d'une participation directe dans le capital social d'une autre société de capitaux, le revenu dégagé par la cession est exonéré à condition que les titres aient été détenus pendant une période de douze mois au moins précédant le début de l'exercice de l'aliénation et que la participation ait représenté pendant toute cette période 25 pour cent au moins du capital social de la filiale ou que son prix d'acquisition ait été d'au moins 250 millions de francs. En outre, la filiale doit être un contribuable résident pleinement imposable ou une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ».

En l'espèce, le bureau d'imposition a retenu que l'exonération de la plus-value réalisée sur la cession de la participation dans la société X. S.A. s'appliquait uniquement aux titres achetés en 1998, alors que pour les autres titres, la condition de la durée de détention n'était pas remplie.

Il convient partant d'examiner si la condition de la durée de détention, telle que prévue à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 24 décembre 1990, précité, est remplie ou non en ce qui concerne les 8.988 actions nouvelles créées lors de la fusion des sociétés ... et X. S.à.r.l. La demanderesse estime que par l'effet de la mise en œuvre de la clause résolutoire, la cession des 2.247 parts sociales de la société X. S.à.r.l. à la société G. S.à.r.l. aurait été rétroactivement résolue, de sorte qu'elle devrait être considérée comme ayant détenu depuis la date du 1^{er} janvier 1999, date de la prise d'effet de la fusion, les 8.988 actions de la société X. S.A. émises en échange des 2.247 parts sociales détenues dans la société X. S.à.r.l.

Aux termes du paragraphe 4 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934, ci-après dénommée « StAnpG » :

« (1) *Bedingte Steuerschulden, bedingte Steuerbefreiungen, bedingte Steuerermäßigungen und sonstige bedingte Steuervergünstigungen sind im Zweifel auflösend bedingt.*

(2) *Tritt eine Bedingung ein, unter der die Steuerschuld, die Steuerbefreiung, die Steuerermäßigung oder die sonstige Steuervergünstigung wegfällt, so sind Steuerfestsetzungen und Steuerfeststellungen, bei denen der Eintritt der Bedingung nicht berücksichtigt ist, zurückzunehmen oder zu ändern, bisher unterbliebene Steuerfestsetzungen und Steuerfeststellungen nachzuholen und zuviel gezahlte Steuern zu erstatten. Nach Ablauf des Jahres, das auf den Eintritt der Bedingung folgt, kann der Steuerpflichtige die Zurücknahme oder Änderung der Steuerfestsetzung oder Steuerfeststellung und die Erstattung nicht mehr verlangen.*

(3) *Entsprechendes (Absatz 2) gilt:*

1.

2. *wenn ein Merkmal, dessen Vorliegen das Gesetz für die Steuerschuld, für die Steuerbefreiung, für eine Steuerermäßigung oder für eine sonstige Steuervergünstigung fordert, nachträglich mit Wirkung für die Vergangenheit weggefallen ist ».*

En l'espèce, il ressort des éléments et pièces du dossier que par convention de cession datée du 28 novembre 1997, la société anonyme de droit français ... a cédé à la société française G. S.à.r.l. 2.247 parts sociales dans le capital de la société X. S.à.r.l. au prix de 200 francs français la part. Ce même contrat prévoyait une clause résolutoire, au terme de laquelle la cession était résolue de plein droit en cas de non-respect par la société G. ou l'un de ses représentants de son obligation contractuelle de se porter caution solidaire lorsque l'un des dirigeants représentant ... dans la S.à.r.l. X. se serait porté caution personnelle en l'octroi d'un concours bancaire en faveur de la société X. S.à.r.l.

Il ressort par ailleurs du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la société française ... du 26 avril 1999 que celle-ci a procédé à la fusion par absorption de la société X. S.à.r.l., la société G. obtenant, en échange de ses 2.247 parts sociales dans la société X. S.à.r.l., 8.988 actions de la société absorbante ..., la parité d'échange étant de 4 actions ... contre une part sociale dans la S.à.r.l. X.. Ledit procès-verbal précise en outre que le capital social de la société absorbante ..., prenant à l'issue de la fusion la dénomination de X. S.A., est augmenté et que les actions nouvellement créées portent « *jouissance en date du 1^{er} janvier 1999* ».

Enfin, il ressort encore du protocole d'accord signé en date du 10 septembre 1999 entre la société ... S.A., l'actuelle S., et la société française G. S.à.r.l., que suite au refus de la S.à.r.l. G., et ce en violation de ses obligations contractuelles stipulées dans la convention entre associés du 28 novembre 1997, de cautionner le dirigeant de la société X. S.à.r.l., ce dernier a mis en œuvre la clause résolutoire de plein droit prévue dans la convention de cession entre la société ... et la société G., que des discussions s'en sont suivies entre les associés qui ont finalement trouvé un accord au terme duquel « *la société G. cède à la société ... 8.988 actions qu'elle détient dans la*

société X. S.A. (ex ...) », au prix de 449.000 francs français qui représente le prix de cession consenti par la société ... lors de la cession en 1997 (article 1^{er} du protocole d'accord). Il se dégage encore dudit protocole d'accord qu'il est même prévu de payer au cédant « *un complément de prix au titre des actions acquises ce jour* », à calculer sur une base de 15 % du prix de vente de la totalité de la participation dans la société X. S.A. à un investisseur tiers.

Au vu de ces éléments, force est au tribunal de constater que s'il ressort certes dudit protocole d'accord du 10 septembre 1999 que le dirigeant de la société X. S.à.r.l. avait fait jouer la clause résolutoire, la résolution rétroactive de la cession des 2.247 parts sociales X. S.à.r.l. n'a cependant pas pu se faire en l'espèce. En effet, il ressort des termes mêmes du protocole d'accord que la société G. « *cède* » à la société ... les 8.988 actions X. S.A. issues de la fusion et qu'il est même prévu de payer au cédant « *un complément de prix au titre des actions acquises ce jour* », à calculer sur une base de 15 % du prix de vente de la totalité de la participation dans la société X. S.A. à un investisseur tiers.

Etant donné que le protocole d'accord prévoit la cession par la société G. des 8.988 actions émises lors de la fusion en échange des 2.247 parts sociales initialement détenues dans la société absorbée X. S.à.r.l., qu'elle prévoit même un supplément de prix par rapport au prix de cession initial et que la cession n'a pas lieu en faveur du cédant initial, mais en faveur de son actionnaire, le tribunal est amené à retenir que la société S. a acquis les 8.988 actions de la société X. S.A. à la date de la signature du protocole d'accord, soit le 28 novembre 1999.

Il s'ensuit, contrairement à ce qui est soutenu par la société demanderesse, que la société S. (anc. ... S.A.) ne détient pas les 8.988 actions de la société X. S.A. depuis le 1^{er} janvier 1999, mais uniquement depuis la cession intervenue en vertu du protocole d'accord du 10 septembre 1999. Dans ces conditions, la société S. ne peut être considérée comme ayant détenu les 19.082 actions de la société X. S.A. pendant une période de douze mois au moins précédant le début de l'exercice de l'aliénation tel que prescrit par l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 24 décembre 1990, précité.

C'est partant à juste titre que le bureau d'imposition a estimé que la condition de la durée de détention pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la plus-value sur cession de participation importante n'était pas remplie en l'espèce et qu'il a refusé d'accorder l'exonération de la plus-value en ce qui concerne les 8.988 actions.

Dans la mesure où le recours en ce qu'il vise le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités n'est pas fondé, le montant du bénéfice commercial reporté sur le bulletin de l'impôt commercial ne change pas, de sorte que la même solution s'impose en ce qui concerne le bulletin de l'impôt commercial communal.

Quant au bulletin d'établissement de la valeur unitaire au 1^{er} janvier 2001, le recours laissé également d'être fondé, étant donné qu'il s'agit de l'établissement de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation à la date du 1^{er} janvier 2001, qu'il résulte des éléments du dossier que la société S. a cédé sa participation dans la société X. S.A. avant cette date, soit le 19 octobre 2000, et que les comptes annuels au 31 décembre 2000 de la société S. versés au dossier fiscal ne renseignent plus la

participation X. S.A. comme figurant au bilan de la société S. à la date du 31 décembre 2000, de sorte que celle-ci était déjà sortie de la fortune d'exploitation au 31 décembre 2000 et restait sans incidence quant à l'établissement de la valeur unitaire.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours est à rejeter comme n'étant pas fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit le recours principal en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable ;

condamne la société demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Martine Gillardin, premier juge,
Françoise Eberhard, juge,

et lu à l'audience publique du 24 septembre 2008 par le premier vice-président, en présence du greffier Claude Legille.

Legille

Schockweiler